



LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRÉSIL : VOIE DE DÉMOCRATIE CONTINUE, INSTRUMENT INACHEVÉ DE CONTRE-POUVOIR ?

Denise Teixeira de Oliveira

► To cite this version:

Denise Teixeira de Oliveira. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRÉSIL : VOIE DE DÉMOCRATIE CONTINUE, INSTRUMENT INACHEVÉ DE CONTRE-POUVOIR ?. IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel – AFDC - Lyon 2014, Jun 2014, Lyon, France. halshs-01120638

HAL Id: halshs-01120638

<https://shs.hal.science/halshs-01120638>

Submitted on 26 Feb 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES
INCONSTITUTIONNELLES AU BRÉSIL : VOIE DE DÉMOCRATIE CONTINUE,
INSTRUMENT INACHEVÉ DE CONTRE-POUVOIR ?**

*Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA*¹

SOMMAIRE : INTRODUCTION. I - LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES : VOIE POUR UNE DÉMOCRATIE CONTINUE ? 1. L'ouverture du dialogue démocratique par l'amplitude de l'objet du contrôle des omissions inconstitutionnelles ; 2. L'ouverture du dialogue démocratique par la multitude des personnes légitimées à déclencher le contrôle des omissions inconstitutionnelles. II - LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES : INSTRUMENT INACHEVÉ DE CONTRE-POUVOIR ? 1. Les effets accordés aux décisions : le contrôle des omissions inconstitutionnelles est un contre-pouvoir ; 2. Les limites imposées aux décisions : le contrôle des omissions inconstitutionnelles est un instrument inachevé de contre-pouvoir. CONSIDÉRATIONS FINALES ET AUTRES PERSPECTIVES.

INTRODUCTION

L'absence de loi ou une lacune dans la loi peuvent empêcher l'exercice légitime d'un droit constitutionnellement garanti. Pour remédier à cette situation, certains systèmes constitutionnels ont mis en place un type de contrôle de constitutionnalité qui - différemment des techniques plus connues dont l'objet est la norme juridique - porte sur l'abstention du législateur à produire la norme juridique nécessaire à la concrétisation d'un droit prévu par le texte de la Constitution.

Une omission normative inconstitutionnelle, qu'elle soit législative ou non, est de toute évidence indésirable dans un système juridique. La problématique est de trouver des mécanismes procéduraux efficaces pour la contrer sans pour autant troubler l'équilibre entre les Pouvoirs de l'État. Cette problématique se situe dans le domaine de l'articulation entre les

¹ Denise Teixeira de Oliveira, avocate au Brésil et doctorante en droit constitutionnel comparé, UMR-CNRS 7318 - DICE, Centre de Droit et Politiques Comparé Jean-Claude Escarras, Université de Toulon.

Pouvoirs classiques de l'État pour la garantie des droits. Dans notre étude ladite articulation présuppose l'existence de rapports horizontaux (non-hiérarchiques) entre le Législatif et le Judiciaire en vue de concrétiser des droits subjectifs prévus expressément dans le texte de la Constitution.

Ainsi, nous proposons une analyse du contrôle constitutionnel des omissions législatives inconstitutionnelles, utilisant comme paramètre d'investigation celui prévu par l'actuelle Constitution brésilienne promulguée en 1988. On cherche à savoir si la théorie et la praxis du contentieux constitutionnel sont en adéquation (et sous quelles conditions elles le sont) avec le modèle de démocratie adopté dans l'État en question. La Constitution brésilienne présente certaines des caractéristiques des modèles de démocratie continue et participative sans porter expressément ni l'une ni l'autre de ces nomenclatures dans son texte constitutionnel.

Cette analyse prétend principalement avoir un objectif théorique et prospectif en travaillant avec des concepts qui sont valides (ou peuvent l'être) au-delà de l'ordonnement qui les a créés. Le mécanisme de contrôle juridictionnel des omissions législatives est relativement rare dans les ordres juridiques. C'est pourquoi on utilisera la démarche procédurale du contentieux constitutionnel brésilien comme source d'argumentation d'arrière-plan du jeu conceptuel de paramètres et paradigmes de comparaison à propos de l'objet principal.²

Le thème sera abordé dans le domaine de la théorie générale du droit constitutionnel contemporain³, au prisme du droit comparé. Bien que cette étude ait recours à la doctrine et aux jurisprudences constitutionnelles brésiliennes, les références aux règles de procédure sont

² Le contentieux constitutionnel brésilien est en effet très complexe. Le Suprême Tribunal Fédéral concentre à la fois la compétence de Cour constitutionnelle - par la voie d'action directe-, et également de la plus haute instance juridictionnelle du Pouvoir Judiciaire - par la voie de recours issu du contrôle diffus.

³ Ce qu'au Brésil, ainsi qu'en plusieurs pays de l'Amérique latine a été nommé *nouveau constitutionnalisme*. Ce concept, récent et encore en développement, fait référence à la doctrine qui identifie, dans certains systèmes juridiques constitutionnels, la légitimité constitutionnelle comme étant le centre d'intérêt de l'ordre juridique, de façon que le texte constitutionnel prévoie des institutions et des procédures ouvertes à une ample participation populaire. Le caractère *nouveau* dans l'expression est à notre avis discutable. En effet, ce qui caractérise le nouveau constitutionnalisme en Amérique latine actuellement n'est autre que la suite de l'acceptation des idées de démocratie continue de Rousseau et démocratie participative de Habermas au sein de l'étude du droit constitutionnel contemporain. Voir en sens contraire, les différences et similitudes entre le *néoconstitutionnalisme* et le *nouveau constitutionnalisme* en Amérique latine présentés par : M. VITORIO ALVES « Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano : características e distinções », 2012. p. 1-13. Disponible sur : http://www4.jfjf.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289; et v. aussi : G. FERREIRA SANTOS et A.C. BARROS GOMES « Direito à comunicação no novo constitucionalismo latino-americano : o caso boliviano » In : *Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O Debate sobre Novos Sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juizes*. J. L. Bolzan de Moraes et F. M. Barros (org.). Arraes : Belo Horizonte, 2014. p. 65-75.

prises en compte seulement en ce qu'elles apportent pour la compréhension de l'objet principal.⁴ Il ne s'agit pas ici d'expliquer la complexité de l'ensemble du contentieux constitutionnel brésilien, qui consacre deux voies juridictionnelles rien que pour le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles auprès de la Cour constitutionnelle.

On remarquera très vite que le contrôle juridictionnel des omissions législatives de nature inconstitutionnelle peut constituer un ambitieux instrument démocratique, notamment quand la compétence décisionnaire est affectée à la Cour Constitutionnelle. Mais il peut aussi, et paradoxalement, être réduit à néant ou dériver vers un dialogue antidémocratique entre les fonctions juridictionnelle et législative, si les règles du jeu démocratique ne sont pas bien construites par l'ordonnancement juridique.

Cet instrument est ambitieux dans la mesure où il permet au Pouvoir Juridictionnel de provoquer l'action du Pouvoir Législatif afin que celui-ci produise la norme juridique ou la complète ; qu'il dégage l'obstacle qui empêche l'exercice d'un droit reconnu dans le texte constitutionnel.

De ce fait, il est aussi un instrument utile aux modèles d'États constitutionnels contemporains puisqu'il sert à équilibrer la balance des Pouvoirs classiques en se constituant comme mécanisme de contre-pouvoir, notamment par le biais dudit dialogue qui s'établit entre les fonctions juridictionnelle et légiférante.

Les hypothèses à vérifier sont les suivantes : si, et dans quelles conditions, le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est en adéquation avec le modèle de *démocratie continue* et de la théorie de la séparation des Pouvoirs classiques de l'État. Si, et dans quelle mesure, il peut apporter du renouveau à ces théories et se prêter à la concrétisation du texte constitutionnel en ce qui concerne les *matières du vivant*.

On propose d'analyser ces aspects à travers l'étude du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles en tant que voie pour une démocratie continue (I) et en tant qu'instrument de contre-pouvoir (II).

⁴ En effet, la Constitution brésilienne prévoit deux mécanismes procéduraux pour le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles. Un abstrait et par voie d'action proposé directement devant la Cour constitutionnelle (*ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, article 103, §2°) et un autre aussi par voie d'action mais basé sur l'existence d'un cas concret nommé *mandado de injunção* (article 5°, LXXI). On reviendra sur les différences entre ces instituts procéduraux dans le Titre I de cette contribution.

I - LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES : VOIE POUR UNE DÉMOCRATIE CONTINUE ?

L'omission législative inconstitutionnelle telle qu'elle a été définie par la Constitution brésilienne est un type de lacune juridique⁵ qui empêche une norme constitutionnelle de devenir effective.⁶ Le contrôle juridictionnel sur ces omissions législatives peut être un instrument utile à la concrétisation du projet constitutionnel prévu par le législateur original.⁷ Ce type de contrôle sert à s'opposer à l'inertie inconstitutionnelle du législateur qui empêche l'exercice des droits constitutionnellement garantis.

Le thème se situe épistémologiquement dans le débat sur la compatibilité du modèle démocratique avec le contrôle de constitutionnalité des lois. Mais, si on considère le modèle de démocratie représentative par exemple, la question de sa compatibilité avec le contrôle de constitutionnalité ne pose plus de problème et relèverait ainsi de l'histoire du droit constitutionnel. Nonobstant, le problème des normes constitutionnelles d'efficacité limitée ne serait pas résolu pour autant.⁸ C'est pourquoi, nous essaierons de démontrer l'adéquation de notre objet de recherche au modèle de démocratie continue et de l'étudier sous le prisme de la discipline dite du *nouveau constitutionnalisme*⁹. On soulève l'hypothèse selon laquelle, quand la Constitution consacre un droit qui n'est pas auto-applicable, puisqu'il dépend d'une action positive du législateur (normes constitutionnelles d'efficacité limitée ou d'efficacité réduite),

⁵ Toute lacune juridique n'est pas une lacune inconstitutionnelle. À ce propos, le XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes a réuni une collection de rapports où on trouve les multiples significations de l'expression 'omission législative' et comme chaque Cour constitutionnelle européenne se comporte à l'égard du thème des omissions, ou l'ignore, dans leurs jurisprudences. V. aussi N. n° 39 et sur : <http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/>

⁶ Art. 103 §2, Constitution fédérale de 1988.

⁷ Dans un arrêt paradigmatique, la Cour constitutionnelle brésilienne définira que : « Si l'État n'adopte pas les mesures nécessaires à la concrétisation des préceptes de la Constitution afin qu'ils deviennent effectifs, opérationnels et exécutoires, en abstenant, par conséquent, de réaliser le devoir prestationnel que la Constitution lui impose, il viole négativement le texte constitutionnel. De ce *non facere* ou *non praestare* résulte l'inconstitutionnalité par omission, qui peut être totale, quand aucune ou aucune mesure est adoptée, ou partielle quand la mesure mise en place par le Pouvoir public est insuffisante ». ADI 1439 MC / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade. Rapporteur: Min. Celso de MELLO. Décision du 22/05/1996. v. l'intégralité de la décision sur : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>.

⁸ C'est-à-dire que, si le texte constitutionnel garantit un droit mais que le législateur ne produit pas la norme nécessaire à son exercice, dans le modèle classique, cette situation échappe au déclenchement d'un contrôle constitutionnel parce que le principe de la souveraineté du Parlement, dans un modèle de démocratie représentative étudié sous le prisme du droit constitutionnel classique, fait que l'acte d'éditer la norme juridique est entendu comme un acte discrétionnaire.

⁹ V. N. n°3.

l'inertie législative constitue une abstention inconstitutionnelle¹⁰ à laquelle il faut remédier et qui, de ce fait, peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, tel que celui prévu dans l'article 103 de la Constitution brésilienne de 1988.

La question est de savoir si le contrôle de constitutionnalité en tant que mécanisme pour contraindre le législateur à produire la norme juridique nécessaire à l'efficacité d'un droit constitutionnellement garanti est en adéquation avec le modèle démocratique sous un paradigme contemporain. On essaiera de vérifier cette adéquation à partir des modèles adoptés par la Constitution brésilienne.

Si d'un côté on peut considérer le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles comme un instrument qui est propice à une articulation entre les trois Pouvoirs classiques quand il se manifeste dans sa forme première (c'est-à-dire : l'Exécutif, à travers le Président de la République, déclenche auprès du Judiciaire le contrôle des omissions du Législatif), de l'autre il reste la question de savoir si, et dans quelle mesure, ce mécanisme de contrôle est articulé avec le modèle de démocratie. Afin de répondre à cette question, on analysera le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles du point de vue de son objet (1.) et sous l'angle des agents qui sont légitimés à porter le débat devant la Cour constitutionnelle (2).

1. L'ouverture du dialogue démocratique par l'amplitude de l'objet du contrôle des omissions inconstitutionnelles

Le concept de démocratie continue, d'après la doctrine lancée par D. Rousseau à partir des années 1990, est distinct du concept de la démocratie directe parce que celle-ci « abolit toute distinction entre représentants et représentés ». Il est aussi distinct de démocratie représentative justement parce que cette dernière travaille « pour soustraire l'organe représentatif aux regards ». La démocratie continue « définit un au-delà de la représentation non parce qu'elle la supprimerait mais parce qu'elle transforme et élargit l'espace de la participation populaire en inventant des formes particulières permettant à l'opinion d'exercer un travail politique : le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action des gouvernants ».¹¹ On constatera que ces idées sont en parfaite adéquation avec le

¹⁰ À remarquer que dans la théorie des omissions inconstitutionnelles, l'inertie de n'importe quel des trois Pouvoirs peuvent constituer une abstention inconstitutionnelle. Seule l'omission législative inconstitutionnelle fait objet de cette contribution.

¹¹ Dominique ROUSSEAU « De la démocratie continue » In : La démocratie continue. Sous dir. Dominique Rousseau. L.G.D.J : Paris, 1995. p.25.

mouvement doctrinal qui se développe en Amérique latine à partir des années 1990, appelé *nouveau constitutionnalisme*. Cette expression part des idées du *néoconstitutionnalisme* (ou le constitutionnalisme de la garantie des droits et du renforcement des mécanismes pour l'efficacité de la Constitution, idées qui se sont renforcées après la deuxième guerre mondiale) pour mettre l'accent de son objet d'étude sur la légitimité démocratique, ce qui est représenté par des textes constitutionnels ouverts à une plus ample interprétation.

La Constitution brésilienne, en vigueur depuis 1988, s'est auto-attribuée l'adjectif *social-démocratique*, à juste titre à notre avis, car dans le noyau de ses normes on constate la présence des deux théories citées. Par exemple, le texte consacre plusieurs mécanismes procéduraux pour le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes administratifs et une large ouverture d'accès à la Cour constitutionnelle (appelée *Supremo Tribunal Federal*) à des nombreux agents – politiques ou non – légitimés à déclencher le contrôle. Cette Cour est placée, selon le texte constitutionnel, en haut de la hiérarchie du Pouvoir juridictionnel et a la compétence, parmi d'autres, de contrôler les omissions inconstitutionnelle du législateur.

On sait que la recherche de cohérence entre l'existence du contrôle juridictionnel de constitutionnalité et la démocratie a déjà fait l'objet d'étude. Cette cohérence n'est trouvée que sous certaines conditions théoriques. Comme nous fait remarquer Y. Poirmeur, le travail d'interprétation de la Constitution par un juge constitutionnel est un acte subjectif, ce qui est fondamentalement non-démocratique dans la mesure où l'acte d'interpréter les lois doit être objectif.¹² D'où, à notre avis, l'intérêt de penser à une conciliation entre la justice constitutionnelle et la démocratie fondée sur des critères autres que les concepts classiques. Telle analyse était bien entendu propre au droit constitutionnel classique.

La construction théorique de la conciliation entre démocratie continue et justice constitutionnelle a été travaillée par M. Troper. L'auteur nous fait remarquer que « le problème de la conciliation de la démocratie et du contrôle de constitutionnalité ne se pose que si l'on admet que le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir législatif »¹³. L'auteur nous rappelle que le juge constitutionnel n'est pas un juge qui applique la loi mais un juge qui

¹² Yves POIRMEUR « D. Rousseau, La démocratie continue » In : Politi. Vol.9, n°35, 1996. P.277-282. Disponible sur : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/polix_0295-2319_1996_num_9_35_1973. Accès le 13 mai 2014.

¹³ Michel TROPER « Démocratie continue et justice constitutionnelle ». In : La démocratie continue. Sous dir. Dominique Rousseau. L.G.D.J : Paris, 1995. p.125-136.

exerce un pouvoir, et dans son acte de juger il exprime la volonté générale, il exerce une participation décisionnelle à la formation des actes législatifs.¹⁴

Dans le modèle brésilien, inspiré du modèle portugais, le contrôle juridictionnel de l'*omission inconstitutionnelle* peut avoir lieu quand l'abstention d'une autorité étatique constitue un obstacle à l'exercice d'un droit inscrit dans la Constitution. Dans le cas spécifique des *omissions législatives*, le contrôle doit être en mesure de conduire le législateur à produire la norme juridique apte à donner effectivité à toutes les catégories de normes constitutionnelles qui en dépendent.

Identifier quelles sont ces normes est étudier l'objet du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles. On remarque qu'en principe, certaines normes constitutionnelles n'ont pas besoin de faire l'objet d'un contrôle d'omission législative puisqu'elles appartiennent à la catégorie des normes auto-applicables et d'efficacité pleine et immédiate. C'est le cas, dans la Constitution brésilienne, pour toutes les normes qui consacrent des droits fondamentaux.¹⁵ Leur concrétisation ne dépend aucunement d'une action positive du législateur infraconstitutionnel. Mais, de l'analyse de la typologie des normes constitutionnelles par rapport à leur efficacité, on constate l'existence de normes d'efficacité limitée ou réduite. C'est sur de telles normes que le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles peut être et doit être exercé.

On constate que l'application du contrôle des omissions inconstitutionnelles se révèle de façon plus accentuée dans les Constitutions de type analytiques. La raison est évidente, plus il y a de matière traitée dans le texte de la Constitution, plus probablement il y aura d'objet pour ce type de contrôle (à la condition que lesdites normes ne soient pas auto-applicables par expresse disposition de la norme constitutionnelle). À contrario, les Constitutions synthétiques, réduisant la matière qui sert de paramètre pour l'exégèse du contrôle de constitutionnalité, réduisent concomitamment la place de l'exégèse du juge constitutionnel sur le texte. Le texte constitutionnel actuellement en vigueur au Brésil est du type analytique et contient plusieurs normes de nature programmatiques qui enferment le projet de l'État constitutionnel. C'est avec l'objectif de conduire le législateur à concrétiser

¹⁴ Cf. ob. cit. p.130-132.

¹⁵ Article 5° §1° Constitution brésilienne.

ces normes que le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles acquiert la force d'un instrument pour l'ouverture du dialogue démocratique.¹⁶

De toutes les matières contenues dans le texte des Constitutions, quelle que soit leur classification, on retiendra davantage celles qui sont - pour utiliser les mots de D. Rousseau - les *matières du vivant* comme étant la matière par excellence du contrôle des omissions législatives. Elles contiennent le projet du législateur constituant pour l'État constitutionnel et elles sont porteuses de ce qui est l'intérêt collectif. Elles peuvent vivre à travers les mécanismes procéduraux d'interprétation de la Constitution, et donc changer, tout au long de la période dans laquelle le texte constitutionnel est en vigueur, d'où l'expression *matière du vivant*. C'est dans les normes constitutionnelles programmatiques, par exemple, ou dans les normes qui contiennent les politiques publiques, ou encore les normes qui prévoient des droits sociaux que le contrôle des omissions législatives révèle un champ d'application porteur des grands principes qui sont propres à un État démocratique.¹⁷

Or, si personne ne doute de la nécessité de concrétiser lesdites normes, il convient encore de justifier démocratiquement le contrôle du juge constitutionnel sur l'activité légiférante. Certes, il existe une marge discrétionnaire du législateur infraconstitutionnel pour éditer ou non la norme juridique, mais à partir d'un certain moment, cette inertie devient inconstitutionnelle, puisque l'omission du législateur peut empêcher la concrétisation d'un droit garanti par la Constitution et tout le projet que celle-ci contient. À ce stade, l'acte discrétionnaire devient un devoir de légiférer et donc la marge laissée à un acte discrétionnaire est réduite à la question de savoir à partir de quel moment du temps de vie du texte constitutionnel le contrôle des omissions peut être déclenché.

Si on revient une fois de plus sur le concept de démocratie continue proposé par D. Rousseau (qui met en évidence des formes particulières permettant à l'opinion d'exercer un contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action des gouvernants¹⁸), l'élément *temps* semble être intrinsèque à l'idée de *continuité* que l'auteur propose. C'est que

¹⁶ On peut dire que tous les textes constitutionnels ont la vocation pour être concrétisés, même si dite concrétisation peut ne pas être vérifiée dans la pratique. Souvent, un texte constitutionnel peut remplacer un autre texte antérieur, totalement ou partiellement, et cela ne dépend en rien de l'existence ou non d'une concrétisation du texte remplacé.

¹⁷ Les normes constitutionnelles qui consacrent des droits fondamentaux sont dans la catégorie des normes auto-applicables et d'efficacité pleine et immédiate, ainsi reconnues expressément dans le texte de la Constitution brésilienne. D'où la non-nécessité de faire l'objet d'un contrôle d'omission inconstitutionnelle, parce que leur concrétisation ne dépend aucunement d'une action du législateur infraconstitutionnel. V. aussi N. n°15.

¹⁸ Dominique ROUSSEAU. Ob.cit. p.5-25.

le temps semble apporter un caractère dynamique à l'idée même de démocratie, comme d'ailleurs à tous les concepts juridiques qui peuvent évoluer au fil du temps par l'exégèse dont ils sont le sujet.

Et c'est justement un laps de temps qui est également nécessaire entre la promulgation du texte constitutionnel et la concrétisation de certaines de ses normes, celles qui ne sont pas dotées d'application immédiate et pleine, car la *force normative de la Constitution*, on le sait, ne donne pas à son texte des normes nécessairement auto-applicables. Certaines dépendent de l'activité du législateur qui est postérieure à la promulgation du texte constitutionnel et à cette fin, le contrôle des omissions inconstitutionnelles est parfaitement utile.

Par ailleurs, on remarquera de l'étude de la jurisprudence sur la matière que la précision d'un *temps*, ou d'un *délai*, pour qu'une *omission législative* devienne une *omission inconstitutionnelle* fait partie de la marge décisionnaire de la Cour constitutionnelle lors du jugement d'un procès de contrôle d'omission, dans la plus part des cas. Il est rare que le législateur constitutionnel fixe lui-même dans le texte le délai exact dans le quel la loi ordinaire qui viabilise la concrétisation d'un droit constitutionnellement garantie doit être produite.

C'est pourquoi, si on reprend brièvement les idées proposées par D. Rousseau à propos de ce qu'il appelle démocratie continue, on retient que l'interprétation du texte constitutionnel n'est jamais achevée concernant certains domaines. De ce fait, le contrôle juridictionnel des omissions inconstitutionnelles sur ces matières trouve une place d'importance dans les États démocratiques contemporains. Cette idée révèle une partie de la portée du contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles pour l'État démocratique. C'est-à-dire que certaines matières, constitutionnelles par leur nature ou par leur position dans le texte de la Constitution, sont soumises en continue à une herméneutique juridique et sur elles « la réflexion est continue », pour utiliser encore les mots de l'auteur.

On remarquera aussi que, sous cet aspect, le concept de démocratie continue n'est pas totalement étranger au concept de démocratie participative.¹⁹⁻²⁰ En effet, démocratie est un

¹⁹ Pertinentes sont les mots de A. LE POURHIET : « L'époque contemporaine est indéniablement marquée par une exploitation de l'utilisation du terme démocratie que l'on rencontre généralement abondamment adjectivée. L'on trouve ainsi invoquée la démocratie sociale, culturelle, sanitaire, administrative, participative, ethnique, sexuelle, environnementale et l'on parle même aussi de démocratie contentieuse, de démocratie des droits ou encore de démocratie continue selon l'expression chère à Dominique Rousseau, sans oublier la fameuse e-démocratie ». A. LE POURHIET « Définir la démocratie ». In : Revue française de Droit constitutionnel, n°87. Presses universitaires françaises : Paris, 2011. p. 458.

mot multivoque et, adjectivé de *participative*, il nous amène à l'idée d'une démocratie où le peuple et les institutions autres que l'État ont, de façon permanente et en continu, une possibilité d'intervenir dans l'élaboration et l'exécution des politiques publiques et dans la concrétisation du projet constitutionnel. Ces acteurs, qui ne sont pas seulement les agents politiques classiques, sont également choisis par le texte constitutionnel pour prendre place activement dans le débat et le processus politique dans de multiples domaines.²¹

Deux exemples concrets pour illustrer ces situations où les *matières du vivant* peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel porté sur l'omission du législateur : a) L'assemblée législative d'un des états-membre fédéré du Brésil, intéressée par la « création, incorporation, fusion ou démembrement de certaines de ses municipalités » a interpellé la Cour constitutionnelle sur l'omission du législateur national qui n'avait pas édité la norme à laquelle fait référence le texte constitutionnel, article 18 §4°. La loi en question devait régler, entre autres, la procédure pour la consultation préalable de la population locale touchée par la création, incorporation, fusion ou démembrement des municipalités concernées. La Cour constitutionnelle a rendu une décision en déclarant l'omission du législateur inconstitutionnelle, et dans ce cas, en reconnaissant expressément une *lacune totale de loi*.²²

Un autre exemple : b) Le droit de tous les travailleurs à percevoir un « salaire minimum » a été garanti constitutionnellement par le texte brésilien de 1988, article 70, IV. La valeur nominale du salaire minimum étant fixée par une loi, la question de l'existence ou non d'une omission, dans ce cas, était celle de savoir ce qu'on doit entendre par *minimum*. La Constitution brésilienne, du type analytique, ne s'est pas privée d'apporter elle-même une définition. Elle le définit comme : le salaire « capable de subvenir aux besoins vitaux basiques du travailleur et de sa famille, tels que logement, alimentation, éducation, santé, loisir, vêtements, hygiène, transport et sécurité sociale ».

²⁰ Comme la Constitution brésilienne évoque certains des aspects de l'une et l'autre théorie, il convient de registrer que l'expression attribué à D. Rousseau *démocratie continue* met l'accent sur le fait que le concept contemporain de démocratie ne peut pas être entièrement cerné par le l'idée/l'acte/moment du soufrage. Tandis que *démocratie participative*, inspirée des idées habermasiennes, place le centre du débat sur des institutions autres que l'État, afin qu'elles soient autorisées à intervenir dans la planification et exécution des politiques publiques.

²¹ V. I. 2.

²² ADI 3682 (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*), Min. Gilmar Mendes, rapporteur. 9.5.2007. L'intégralité du procès est accessible sur : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3682&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Un salaire avec lequel le travailleur peut subvenir à ses besoins et aussi à ceux de sa famille semble être un projet ambitieux du législateur originel et, de toute évidence difficile à concrétiser, notamment dans le contexte économico-politique de l'époque où le texte a été promulgué. La question se complique quand on s'interroge sur les paramètres qualitatifs desdits besoins parce que des questions de cette nature s'invitent dans le débat²³ et le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles n'a pas à répondre à ces questions avec ce degré de précision subjective.

Mais quoi qu'il en soit, on doit tenir compte du fait que, à la différence du premier exemple, le deuxième nous apporte un cas de contrôle d'omission qui constate une *lacune partielle* dans la loi. Cette lacune surgit après la promulgation de la Constitution. Ce fait est très important parce qu'il ouvre la possibilité pour la Cour de prendre une décision normative (une décision qui n'est pas seulement déclarative de l'existence de l'omission). C'est-à-dire que le contrôle d'omission a une incidence sur une loi qui existe (et non sur une omission du législateur à produire la norme) et a la possibilité abstraite de combler cette lacune en créant la norme manquante.

La Cour déclarera dans ce cas l'inconstitutionnalité sans prononcer la nullité de la loi et complètera en partie la lacune. On eut recours à la technique de déclaration d'inconstitutionnalité sans prononciation de nullité car la Cour, une fois l'omission législative constatée, déclara que le législateur devrait augmenter la valeur nominale du salaire minimum sans pour autant elle-même la fixer.

Dans ce cas, la lacune est partielle parce que la loi existait et qu'elle fixait un salaire minimum qui était toujours valide après la promulgation de la Constitution. Mais c'est dans la valeur du minimum fixé qu'a été identifiée l'omission dorénavant inconstitutionnelle. Dès lors que le texte constitutionnel a été promulgué, il exige du législateur que la valeur du salaire minimum soit en mesure d'assurer certains besoins expressément indiqués par le nouveau texte, donc l'omission, dans l'ancien texte de la loi sur ce point, devient inconstitutionnelle. Le montant fixé était très loin de pouvoir subvenir aux besoins dont parle la nouvelle norme constitutionnelle. C'est pourquoi, on ne peut pas dire que dans ce cas il

²³ En effet, il est courant au Brésil le débat sur le niveau de qualité du service publique, par exemple. La question principale se pose de cette façon: à partir du moment où l'État fournit à tous ses citoyens les prestations essentielles, telles que l'éducation et la santé, mais qu'il ne le fait ni avec exclusivité ni en garantissant une bonne qualité de ces services, lesdites prestations sont-elles incluses dans norme qui définit le salaire minimum ? Autrement dit, est-ce que dans le concept de salaire minimum prévu par la Constitution on peut inclure le minimum pour faire face à une bonne qualité de vie que l'État ne fournit pas à travers le service publique ?

existait une absence de loi (lacune totale), mais une lacune de la loi (ou lacune partielle). Le mécanisme de contrôle juridictionnel a été capable de remédier en partie au défaut normatif et d'évoquer la nécessité d'une action positive de la part du Législatif.

Une autre particularité de ce deuxième exemple, c'est qu'il ne relève pas du contrôle de constitutionnalité au sens strict mais du phénomène constitutionnel de *réception* des normes par le nouvel ordre instauré par la promulgation d'une nouvelle Constitution. La loi ordinaire en question est antérieure à la Constitution en vigueur et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle brésilienne ne déclare pas l'(in)constitutionnalité des normes antérieures à la Constitution. Elle se prononce seulement sur sa conformité au nouveau texte constitutionnel (technique de la *loi encore constitutionnelle*), parce qu'elle considère que sa compétence est restreinte au contrôle de constitutionnalité des normes vis-à-vis de la Constitution en vigueur (non pas celle qui était en vigueur quand la loi a été promulguée). C'est la Constitution en vigueur qui lui donne sa légitimité en tant que juridiction constitutionnelle. Donc, dans cet exemple, la lacune dans l'ordonnancement existera à partir de la promulgation du texte constitutionnel qui crée le salaire minimum avec toutes les caractéristiques citées. Avant cet événement, le salaire minimum existait et il n'y avait pas de *lacune de loi* dans la norme qui le réglementait.

À vrai dire, la question du concept de salaire minimum n'a jamais été réellement tranchée même après la décision rendue par la Cour. Le problème du salaire minimum apte à combler tous les besoins indiqués par la Constitution est toujours sans solution au jour d'aujourd'hui, malgré le nouveau décret qui fixe et augmente le salaire minimum nominale jusqu'à 2015.²⁴ Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour constitutionnelle brésilienne rappelle souvent l'«insuffisance de la valeur qui correspond au salaire minimum». Elle décrit ce salaire minimum fixé par la loi comme étant « une somme incapable d'atteindre les nécessités vitales basiques du travailleur et des membres de sa famille ». Qu'il (le salaire minimum) « est un évident non-respect, encore que partiel, de la Constitution de la République, car le législateur, en telle hypothèse, loin d'être le sujet concrétisateur du postulat constitutionnel qui garantit aux travailleurs un plancher général de rémunération digne (Constitution, art.7°,

²⁴ En fait, la Loi ordinaire n° 12.382/2011 autorise désormais que la valeur nominale du salaire minimum soit fixée par décret du Président de la République, et non pas par une loi formelle comme auparavant. V. l'intégralité de la décision de la Cour qui a jugé constitutionnelle cette délégation de compétence législative du législateur au chef du Exécutif sur : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>. Accès le 20 mai 2014.

IV), réalise de manière imparfaite, car incomplète, le programme engagé par l'État dans l'ordre juridique »²⁵.

Ces exemples viennent démontrer à quels types de matières constitutionnelles s'intéresse le contrôle des omissions législatives dont on parle. La concrétisation du texte constitutionnel est avant tout la concrétisation du projet constitutionnel d'un peuple, d'un État. Et dans ce sens, le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est en totale adéquation avec le modèle de démocratie continue et participative car il a pour objet la concrétisation des *matières du vivant* qui font partie de ce projet.²⁶

2. *L'ouverture du dialogue démocratique par la multitude de personnes légitimées à déclencher le contrôle des omissions inconstitutionnelles*

L'histoire constitutionnelle d'un État exerce un poids incontestable sur le modèle de contrôle de constitutionnalité qu'il adopte.²⁷ L'exemple de personnes admises à l'interprétation du texte constitutionnel en est un fort et intéressant indice.²⁸ Le contexte historique dans lequel la Constitution brésilienne a été promulguée a été sans doute un vecteur favorable à l'admission de deux mécanismes de contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles auprès de la Cour constitutionnelle.

²⁵ ADI 1442 / DF - Distrito federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Celso de Mello. Décision du 03/11/2004 disponible sur : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281442.NUME.+OU+1442.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o2de3aw>

²⁶ Par ailleurs, quant on parle de l'objet du contrôle des omissions législatives, il convient de distinguer ce qui paraît une erreur d'appréciation de la part de certaines doctrines. À notre avis, le contrôle des omissions législatives ne vise pas à provoquer ou « aiguiller » le législateur. En tout état de cause, son objectif final est évidemment méta-procédural. Il vise à donner les moyens pour la concrétisation des droits constitutionnellement garantis, et en dernière instance à faire prévaloir le principe de la suprématie du texte constitutionnel dans l'ordonnancement. Cf. p.ex., dans le sens inverse : E. QUINART « Quand le juge propose la loi ». AJDA n°3/2014. Dalloz, p.142-148.

²⁷ Comme le rappelle M. Troper : « Tous les constitutionnalistes sont persuadés de l'importance de l'histoire du droit pour la compréhension du droit positif actuel. Pourtant, s'ils s'accordent à penser que les institutions sont des produits de l'histoire, ils se séparent souvent sur la signification de cette influence et l'on ne sait pas toujours ce que l'histoire est réputée expliquer ». Michel TROPER *Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle*. In : Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°28, 2010. Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52714.pdf>. Accès le 5 mai 2014.

²⁸ En France, un exemple de cette influence historique sur la limite subjective du débat constitutionnel est la loi constitutionnelle d 29 octobre de 1974 qui ouvrit à l'opposition parlementaire la faculté de la saisir le Conseil constitutionnel et ainsi a créé une sorte d'émancipation de celui-ci, puisque qu'il a été conçu différemment par la Constitution française de 1958. Cf. David DOKHAN « Les limites du contrôle de constitutionnalité des actes législatives » L.G.D.J : Paris, 2001. p.1-9.

Dans un contexte de redémocratisation, après une longue période de dictature militaire, le législateur constituant brésilien a façonné le texte de la Carte promulgué en 1988. Ce contexte historique a certainement influencé aussi l'ouverture de l'interprétation du texte constitutionnel à des multiples agents, aussi bien par la voie d'action que par la voie d'exception.²⁹ Ce choix juridico-politique est un signe qui dénote le choix du constituant brésilien de 1988 pour un concept de démocratie procédurale³⁰, dans le sens d'une idée de démocratie en tant que processus dynamique, duquel l'individu, destinataire de la norme juridique, est invité à participer, non seulement au moment des élections, mais tout au long de la vigueur du texte constitutionnel.

Il est intéressant de constater le rapprochement du concept de démocratie procédurale avec celui de démocratie continue. Ce n'est pas par hasard que la théorie herméneutique de P. Häberle³¹ est souvent utilisée par la doctrine du droit constitutionnel brésilien pour justifier l'ouverture de l'interprétation du texte constitutionnel à des multiples acteurs. On retrouvera souvent cette idée citée comme fondement de justification de l'ouverture du dialogue démocratique à travers l'exercice du contrôle de constitutionnalité.

Si, comme affirmé antérieurement, une période raisonnable de temps est nécessaire au législateur infraconstitutionnel pour qu'il produise la norme juridique qui permettra l'exécution concrète de la norme constitutionnelle, il sera également nécessaire de penser à la possibilité que ce délai raisonnable soit dépassé sans la production de ladite norme. C'est à ce moment et justement grâce à ce phénomène juridique, qu'on souligne l'importance de multiplier les agents légitimés à déclencher les mécanismes procéduraux. C'est que ce contrôle est destiné à rendre effectives les normes constitutionnelles, leur permettant de vivre,

²⁹ Au début des années 1980, le Brésil sortait d'une période de quelques décennies de dictature militaire. Ce contexte historique a joué un rôle dans le dessin du texte constitutionnel. Le processus de redémocratisation qui donnera lieu au texte constitutionnel aujourd'hui en vigueur a été marqué par cette période qui lui précède. Par exemple par le fait que le texte constitutionnel brésilien est long, du type analytique. La Constitution étant placée au centre du système juridique, tous les thèmes juridiques ou presque peuvent être envisagés sous l'exégèse d'un principe constitutionnel.

³⁰ Cf. les idées de Bjarne MELKEVIK *Habermas et la conception démocratique du droit*. Disponible sur : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/mel5.pdf>. p.1-6. Accès mai 2014.

³¹ L'expression *société ouverte des interprètes* de Häberle traduit l'idée que le Droit doit être interprété par tous ceux qui partagent le texte juridique. C'est-à-dire, l'interprétation juridique est légitime si faite dans une communauté juridique ouverte à cause des multiples implications issues du discours juridique. D'où la proposition de cet auteur pour une 'relativisation' de l'interprétation juridique, en disant que 'la société devient ouverte et libre' parce que tous sont potentiellement et actuellement aptes à offrir une alternative pour l'interprétation constitutionnelle. V. HÄBERLE, *Peter Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Trad. livre de la trad. en portugais de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.p.11-18 et 41-44.

de se transformer et se renouveler tout au long de l'existence du texte. A cette fin, l'expérience de la justice constitutionnelle brésilienne a mis en place des personnes, en plus des agents politiques, ayant la légitimité pour déclencher la dynamique d'interprétation sur ces matières du vivant.

Traditionnellement, dans les Constitutions qui consacrent le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles, ce sont les agents politiques qui sont légitimés à porter devant la Cour constitutionnelle ce débat. C'est le cas par exemple au Portugal³² où on trouve le Président de la République et les Présidents des Assemblées Régionales. Le choix de la Constitution belge qui, dans l'article 142³³, autorise que la loi désigne les personnes légitimées qui ont accès à la Cour constitutionnelle est aussi intéressant. C'est-à-dire que le législateur constituant a choisi de faire un transfert de la compétence législative au législateur ordinaire pour décider de la légitimité de ceux qui sont autorisés à provoquer le contrôle de constitutionnalité. Mais ces deux pays ne sont pas les seuls exemples.

En effet, d'une manière générale, on ne trouve pas d'agents spécifiques pour chaque type de mécanisme de contrôle de constitutionnalité. Plus souvent, on trouve dans les textes constitutionnels un collectif des personnes légitimées, fixé par la Constitution, qui vaut pour tous les mécanismes de contrôle du type concentré et *in abstracto*. C'est l'option de la Constitution actuelle brésilienne.

Afin d'approfondir ce point de l'analyse, on revient, encore une fois, vers le concept de démocratie continue de D. Rousseau. La problématique est de trouver une justification à la possibilité ou non de fixer une règle différente pour légitimer certaines personnes à déclencher le contrôle de constitutionnalité, quand il s'agit de contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles. La théorie de la démocratie nous apprend que l'interprétation en continu sur certaines catégories de matières constitutionnelles est due aux deux raisons suivantes et principales : a) il y a d'autres acteurs, différents des élus, qui demandent à intervenir sur la création au sens large de la norme juridique, et ; b) plusieurs autres lieux différents du Parlement peuvent accueillir le débat démocratique.

Ceci étant dit, on peut désormais tenter de transposer le réflexe de ce concept dans l'expérience brésilienne en matière de contrôle de constitutionnalité (le texte n'ayant pas lui-

³² Article 283 de la Constitution de la République Portugaise. Disponible sur : <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

³³ « La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction » Disponible sur : <http://www.const-court.be/>

même affirmé expressément avoir recours à ces idées). En effet, on trouve neuf agents légitimés à déclencher le contrôle juridictionnel des omissions et parmi ceux-ci, certains ne sont pas des agents politiques. Ils sont mentionnés dans l'article 103 de la Constitution brésilienne, où on trouve les agents politiques classiques mais aussi : a) le Conseil Fédéral de l'Ordre des Avocats du Brésil et b) les confédérations syndicales et les entités représentant les catégories professionnelles de niveau national.

La présence des multiples personnes légitimées à déclencher le mécanisme du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est un constat que ce contrôle est adapté aux États démocratiques contemporains, notamment si on prend en considération justement les conceptions de démocratie continue et de démocratie participative. Et encore, si on interprète le concept d'État contemporain sous la lumière de la théorie générale du droit constitutionnel de nos temps, on retrouve les concepts qui ont permis de construire le modèle de contrôle de constitutionnalité, qui affecte à la Cour constitutionnelle la compétence à juger (fait qui d'ailleurs a fini par lui donner une place remarquable parmi les institutions de l'État), et qui permet à d'autres personnes, en plus des agents politiques, de porter le débat sur les omissions législatives³⁴.

À ce propos, comme le remarque F. Segado, en matière de contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles, les Cours constitutionnelles en général ont été « très vite rehaussée dans le rôle de protagoniste du contrôle des omissions du législateur ».³⁵ Ce rôle de protagoniste socio-démocratique des Cours constitutionnelles a été aussi remarqué par B. Souza Santos, qui avec les mots suivants nous rappelle que : « Jusqu'à très récemment, peu d'entre nous auraient connu les noms des juges, même des juges des tribunaux supérieurs ou de justice constitutionnelle. Les tribunaux étaient, tel que le disait le professeur de l'Université de Yale, Alexander Bickel, le *least dangerous branch* – l'organe de souveraineté le moins dangereux, ou le plus faible, pour ne pas avoir les conditions d'appliquer ses propres décisions. Ils vivaient donc, dans l'obscurité de leur *low profile*. Et, quand ils ont assumé un rôle de protagonistes, celui-ci a été souvent dans un sens conservateur »³⁶.

³⁴ À la condition, dans l'expérience brésilienne, que lesdites personnes démontrent préalablement une *pertinence thématique*, une sorte de facette qui révèle la *legitimation ad causam* propre à la procédure de contrôle de constitutionnalité. Les agents politiques sont dispensés d'en faire preuve pour le déclenchement du contrôle de constitutionnalité.

³⁵ Francisco Fernandez SEGADO *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. In : « La justicia constitucional : una visión de derecho comparado » T.I. Dykinson : Madrid, 2009. p.685.

³⁶ Boa Ventura de SOUZA SANTOS « Para uma revolução democrática da Justiça ». (tradução livre do português para o francês). São Paulo : Cortez, 2007. p.13.

En ce qui concerne le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles, le rôle de protagoniste des Cours constitutionnelles se justifie par le fait qu'un organe est nécessaire pour identifier les omissions et pour fixer une marge de temps au-delà de laquelle l'omission de l'activité légiférante devient inconstitutionnelle.

Prises dans leur ensemble, toutes ces considérations veulent dire, dans un premier temps de l'histoire du droit constitutionnel contemporain, que l'ouverture du débat démocratique a été faite par l'ouverture de l'accès aux Cours Constitutionnelles et par le haut statut qu'on lui a accordé au sein de l'État. Par un phénomène qui à notre avis suit ce même flux de l'histoire, cette ouverture du dialogue démocratique a gagné de l'ampleur et a été étendu aux agents non-politiques. Ce que remarque le nouveau constitutionnalisme en Amérique latine actuellement n'est autre que la suite de l'acceptation des idées de démocratie continue et participative.

Si on reprend la classification proposée par F. Segado, on vérifie que l'exercice du contrôle constitutionnel des omissions requiert les conditions suivantes : 1) l'existence d'un droit constitutionnellement garanti mais d'efficacité limitée ou non auto-applicable, ou des normes qui prévoient un programme politique ; 2) l'omission du législateur à produire la norme qui peut rendre effective la prévision constitutionnelle ; 3) un lien de causalité entre le droit garanti dans le texte constitutionnel et 4) l'absence de la norme, et un laps de temps entre la prévision constitutionnelle et la constatation de l'omission du législateur.³⁷

Une fois toutes ces conditions réunies, le bénéficiaire du droit (prévu par la norme constitutionnelle mais qui est en manque de loi) pourra être admis partie légitime au procès de contrôle de l'omission du législateur qui lui porte préjudice. Il faut, bien entendu, qu'il ait préalablement été choisi parmi les personnes aptes à porter le débat d'interprétation de la Constitution devant les juridictions constitutionnelles (légitimité *ad causam*). Ces personnes sont différentes des agents à légitimité universelle (qui dans la plupart des Constitutions sont les agents politiques), seulement parce que leur légitimation est conditionnée par la preuve préalable de la *pertinence thématique* entre ceux qu'ils représentent et l'omission qui fait l'objet du contrôle. C'est-à-dire qu'il existe un lien de causalité entre la norme constitutionnelle que l'omission législative (totale ou partielle) empêche d'être concrétisée et l'agent choisi par la Constitution pour déclencher le contrôle. Surgit alors l'idée de démontrer

³⁷ Ob.cit. p.602-631.

ce que la jurisprudence de la Cour brésilienne a appelé une *pertinence thématique*, exigence qui par la suite a été intégrée dans la loi sur la procédure du contentieux constitutionnel.³⁸

Afin de comprendre concrètement comment cette idée s'applique, on propose l'analyse de la norme constitutionnelle brésilienne qui prévoit que les fonctionnaires ont un droit de grève régit par une loi autre que celle destinée aux employés du secteur privé. Si la loi en question n'est pas éditée, on peut imaginer l'hypothèse où les fonctionnaires seraient légitimés à provoquer le contrôle de constitutionnalité contre l'omission législative pour pouvoir exercer leur droit de grève.

Dans ce cas, quel effet la décision pourrait-elle impliquer ? Serait-il restreint à la catégorie de fonctionnaire qui a déclenché le contrôle, donc effet *inter partes* ? Ou, parce qu'il s'agit de contrôle des omissions législatives, peut-on envisager la situation dans laquelle le juge constitutionnel donne à la décision les mêmes effets normalement prévus pour la norme dont il vise à combler l'omission, c'est-à-dire des effets généraux comme c'est le cas pour toutes les lois ?

À noter que dans ce cas, une catégorie de fonctionnaires porte le débat, et à la fin, toutes les catégories pourront théoriquement bénéficier de la décision, car en analysant le système du contrôle de constitutionnalité, on observe que le constituant brésilien a pris l'option de donner l'effet *erga omnes* à toute décision rendue en contrôle de constitutionnalité par la voie d'action directement interposée auprès de la Cour. Le contrôle des omissions inconstitutionnelles fait partie de cette catégorie. Néanmoins, sont exclues de ce raisonnement certaines catégories de fonctionnaire dont, par nature, la loi restreint déjà le droit de grève, telles que les métiers liés au maintien de l'ordre et à la sécurité publique.

La question dans ce cas concret a été résolue ainsi : dans sa décision, la Cour constitutionnelle a autorisé de façon temporaire l'application aux fonctionnaires en générale de la loi qui régit le droit de grève des employés du secteur privé. La décision serait valide jusqu'à ce que le législateur décide de voter la loi prévue dans le texte constitutionnel spécifiquement pour les fonctionnaires de l'Administration.

À noter que dans cette discussion définir à partir de quel moment l'omission législative a été considérée inconstitutionnelle, au point de faire l'objet du contrôle de la part de la Cour, n'a pas été clair. Mais, au moins, elle a servi à susciter le débat. Dans l'exemple

³⁸ Différemment de la *legitimatio ad causam*, la pertinence thématique est le mot utilisé par la doctrine et par la Loi Organique du contentieux constitutionnel brésilien et qui révèlent, entre autre, le projet du législateur constituant pour l'État.

concret, il s'est passé environs dix-sept ans, et on peut s'accorder sur le fait que ce délai n'est pas raisonnable. La question reste entière et elle appelle une réponse, notamment quant à la concrétisation des normes programmatiques présentes dans la Constitution et quant à l'étendue du droit au-delà de ce qu'a voulu dire le texte.

Toujours est-il que, dans le même ordre d'idée, le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles est une voie de démocratie continue et participative, car son objet porte sur les normes constitutionnelles qui font partie du projet du constituant original.³⁹ Ainsi le contrôle de constitutionnalité des omissions inconstitutionnelles est un instrument pour la réalisation de la volonté du texte constitutionnel (qui peut évoluer dans le temps), et un élément clé pour une démocratie continue.

On insiste sur le fait que l'acte de la promulgation d'une Constitution est presque, ou dans la plupart des cas, instantanée, ayant pour vocation de perdurer dans le temps. L'interprétation du texte constitutionnel est un acte en continu qui perdure dans le temps autant que le texte constitutionnel est en vigueur. C'est pourquoi, cette ouverture du dialogue démocratique à d'autres interprètes de la Constitution, comme dans le cas des fonctionnaires brésiliens, acquiert une importance majeure dans l'exercice du contrôle des omissions inconstitutionnelles. Il est indéniable que les entités de la société civile en générale, tout autant légitimées à être partie du contrôle abstrait des omissions inconstitutionnelles à effet *erga omnes*, portent des débats de haute importance.⁴⁰ Cela a été l'option juridico-politique faite par la Constitution brésilienne et ce fait confirme la tendance à l'ouverture du dialogue démocratique.

³⁹ A l'exception des textes constitutionnels qui prévoient des normes constitutionnelles de transition. Ces normes sont valides tant que leur objectifs sont atteints, et en suite deviennent caduques. Le législateur constituant que la promulgation du texte constitutionnel n'est pas à elle seule en mesure de réaliser. Du point de vu de la compétence pour la décision, le contrôle des omissions législatives, étant une compétence affectée à la Cour constitutionnelle il crée un dialogue entre la Cour et le Pouvoir Législatif omis. Si on ce type de contrôle sous l'angle de ceux qui sont légitimés à porter devant la Cour le débat sur les omissions législatives, on trouve certaine des agents politiques classiques, tel que le Chef d'État, mais aussi d'autres personnes indiquées par le texte constitutionnel qui sont les sujet du droit constitutionnel qui l'absence de loi réglementaire fait obstacle à sa concrétisation.

⁴⁰ En effet, pendant l'année 2008, le problème des omissions législatives dans la jurisprudence constitutionnelle était à l'ordre du jour lors du XIV Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes. Il ressort des rapports envoyés par les Cours constitutionnelles participantes que la majeure partie de la jurisprudence constitutionnelle ne traite pas l'omission législative en tant qu'omission inconstitutionnelle, mais comme lacune du droit au sens large. C'est-à-dire qu'il n'existe quasiment pas un contrôle de constitutionnalité du type concentré pour contrer l'omission du législateur qu'empêche l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti. Cela ne veut pas dire que les respectifs ordres juridiques analysés n'ont pas un mécanisme procédural avec cet objectif, mais qu'au moins, il ne l'en ont pas en tant que compétence originairement affectée à la Cour constitutionnelle, ce qui nous renvoie au problème du départ, de savoir comment le pouvoir juridictionnel peut interférer dans le pouvoir législatif, tout en respectant les principes de l'ordre constitutionnelle.

Suite aux questions de la première partie sur l'objet du contrôle et les agents légitimés à le déclencher, on s'interroge naturellement sur la portée des effets juridiques de la décision de contrôle de constitutionnalité des omissions législatives inconstitutionnelles ? C'est ce qu'on analysera par la suite.

II - LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES : INSTRUMENT INACHEVÉ DE CONTRE-POUVOIR ?

Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles peut constituer un instrument de contre-pouvoir dans les États constitutionnels démocratiques. Pour y parvenir, il est nécessaire de vérifier comment que le système constitutionnel est conçu de façon à harmoniser les règles procédurales pour contrôler les omissions avec l'ensemble des principes constitutionnels qui régissent l'organisation juridico-politique de l'État. Notamment, le principe de séparation des Pouvoirs. C'est que l'exercice de la compétence juridictionnelle pour contrôler une omission d'un autre Pouvoir de l'État doit être exceptionnel sous peine de constituer une invasion indésirable de la sphère de pouvoir. Cette problématique nous mène à une analyse du contrôle de constitutionnalité des omissions législatives inconstitutionnelles vis-à-vis des effets qu'on peut lui accorder (1.) et des limitations qu'on doit lui imposer (2.).

Le contrôle des omissions inconstitutionnelles apporte un renouveau à l'ancienne théorie de la séparation des Pouvoirs de l'État. Ce renouveau se révèle notamment à travers les effets que la Constitution peut accorder aux décisions qui déclarent l'existence d'une *omission inconstitutionnelle*, qu'elle soit l'omission d'un acte législatif ou d'un acte administratif, passibles dans les deux cas d'être objet du contrôle par la Cour constitutionnelle dans l'expérience brésilienne.

Classiquement, la séparation des compétences du Pouvoir souverain de l'État est caractérisée par l'indépendance de chacune des trois fonctions étatiques ainsi que par l'harmonie et l'indépendance qui doit s'établir entre l'exercice de chaque fonction. Ces indépendance et harmonie se traduisent, entre autres caractéristiques, par la possibilité qu'un Pouvoir limite l'autre sans pour autant créer une *interférence* de l'un sur l'autre, ou une *non-confusion* entre les fonctions⁴¹. Et puisqu'il est donné qu'il n'existe pas de hiérarchie entre Législatif et Judiciaire, on peut dire que notre sujet se situe (comme l'approche de la première partie) dans les rapports horizontaux entre les Pouvoirs classiques de l'État. Le concept d'*interférence* est autant multivoque que celui que la théorie de la séparation elle-même a

⁴¹ Michel TROPER « Le principe de la séparation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française ». L.G.D.J. : Paris, 1973.

acquis au fil de son histoire, notamment avec le perfectionnement issu du système de *checks and balances*, héritage du droit nord-américain fortement incorporé par les États constitutionnels fédérés, tel qu'au Brésil.

C'est pourquoi, c'est dans l'identification de la situation qui dépasse l'interférence acceptable - ce qui constituerait l'interférence indésirable d'un Pouvoir sur l'autre - que réside notre problématique de savoir si le contrôle juridictionnel des omissions législatives a la force pour constituer un instrument efficace et légitime de contre-pouvoir.

Pour ce qui concerne notre étude, la question est de savoir quelles sont les limites juridiquement acceptables d'une décision juridictionnelle rendue pour contrer une omission législative. Il s'agit de l'interférence de la fonction juridictionnelle sur l'exercice du législateur (à priori discrétionnaire) d'éditer ou non la norme juridique nécessaire à la concrétisation d'un droit constitutionnellement garanti.

Une interférence sera acceptable et constituera un instrument démocratique de contre-pouvoir à la condition qu'elle soit en accord avec la formule connue que « seul un Pouvoir contrôle un Pouvoir », et qu'elle soit enfin, en harmonie avec la procédure de contrôle et contrepoids (*checks and balances*⁴²), souvent un principe élevé à la catégorie de norme constitutionnelle.

On analysera cette question sous l'angle des effets des décisions rendues dans ce type de contrôle et des limitations qui lui sont imposées.

1. Les effets accordés aux décisions : le contrôle des omissions inconstitutionnelles est un contre-pouvoir

L'idée doctrinaire selon laquelle chaque Pouvoir classique de l'État a à la fois une fonction typique et une fonction atypique, nous amène à la question de savoir quelle est la nature juridique de la fonction de contrôler lesdites omissions législatives. Dans le contexte brésilien, on peut affirmer que c'est un contrôle de constitutionnalité car prévu en tant que tel par le texte constitutionnel, mais qu'il s'agit d'un type assez exceptionnel de contrôle. Soit il est exercé quand la loi n'existe pas, soit quand la loi existante a une lacune partielle. Une autre particularité est que ce contrôle appartient à la compétence typique de la Cour

⁴² « Dans le système politique américain, les 'freins et contrepoids' sont des mécanismes qui tendent à garantir l'équilibre des pouvoirs par une stricte séparation entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire, et à empêcher la domination d'un de ces pouvoirs sur les autres. Dans l'esprit des auteurs de la Constitution, la liberté est assurée par le fait qu'il est toujours possible de contester les pouvoirs du Président, du Congrès, des tribunaux ou de l'administration des États. » *Checks and balances* : Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français, 1998. p.1122.

constitutionnelle et est destiné à servir d'instrument pour la garantie de droits inscrits dans le texte constitutionnel et, ainsi faisant, garder la suprématie de la Constitution dans l'ordonnement.

Si on admet cette affirmation (de que le contrôle des omissions législatives est une fonction typique de l'activité juridictionnelle) on s'interroge naturellement sur la question de savoir comment conserver sa cohérence dans un système constitutionnel qui se fonde sur la théorie de la séparation des Pouvoirs, où chaque Pouvoir a le devoir de s'abstenir de chevaucher la fonction typique de l'autre ?

Si la réponse existe elle doit se trouver dans le propre système constitutionnel, sinon l'autorisation d'un contrôle juridictionnel sur la décision/choix du législateur de non produire la norme juridique produirait une inconstitutionnalité intrinsèque dans le texte constitutionnel lui-même. Autrement dit, il s'agit en effet d'une collision apparente de normes : d'un côté la séparation des pouvoirs et de l'autre la possibilité du pouvoir juridictionnel de contrôler le Législatif. C'est pourquoi on propose de chercher la réponse dans la définition des limites et de la portée des décisions rendues dans le cadre de ce type de contrôle constitutionnel. Elle est construite entre le discours de justification de la validité du contrôle des omissions et le discours de son application adéquate.⁴³

Ces hypothèses partent de deux prémisses : que la décision de légiférer n'est pas un choix discrétionnaire, mais un devoir du législateur d'agir visant la concrétisation du projet constitutionnel, et que la décision juridictionnelle qui constate l'omission du législateur, de la seule déclaration qu'elle contient, n'est pas capable de constituer un chevauchement de la compétence législative.

Pour les expliquer, il faut préalablement comprendre quels sont les différents niveaux connus d'applicabilité et d'efficacité des normes constitutionnelles pour, ensuite, comprendre comment la décision de la Cour qui reconnaît une omission inconstitutionnelle, peut combler la *lacune de loi* ou une *lacune dans la loi* afin de donner efficacité à la norme constitutionnelle qui en dépend. Si la doctrine la plus répandue du droit constitutionnel

⁴³ Le *discours de justification* et le *discours d'application* constituent une technique pour l'exégèse des normes constitutionnelles en apparent conflit. Issue de la théorie de l'argumentation juridique de Klaus GÜNTHER - lors qu'il a une collision d'interprétations possibles et valables des normes constitutionnelles-, le *discours de justification* sert à interpréter ces normes quant aux questions relatives à sa validité, tandis que les normes en conflit devant une question concrète doivent être interprétées par un *discours d'application* adéquat. Cf. : PEDRON, F. *Contribuição e os Limites da Teoria de Klaus Günther: a Distinção Entre Discursos de Justificação e Discursos de Aplicação Como Fundamento para uma Reconstrução da Função Jurisdicional. Direito Público*, 1(27) : 2010. Disponible sur : <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/686/1025>. Accès: avril 2014.

contemporain ne laisse plus de doute sur la force normative de la Constitution, l'efficacité immédiate de ses normes reste un problème à part entière. C'est que cette force normative est parfois réduite à un *minima* qui consiste à interdire au législateur ordinaire de légiférer contre ce que prévoit la Constitution. C'est-à-dire que toutes les normes présentes dans le texte constitutionnel ont théoriquement une force normative, mais que l'efficacité immédiate de certaines ne leur assurera pas pour autant une auto-applicabilité, faute de loi spécifique qui concrétise les moyens de son exécution.

Malgré cela, on ne tente pas de les supprimer ou de les éviter dans le texte. Au contraire, elles demeurent telles quelles parce que l'existence des normes d'efficacité restreinte dans le texte constitutionnel ne relève pas forcément d'une mauvaise technique législative⁴⁴. C'est parfois même souhaitable, comme par exemple dans les cas des normes de principes, normes programmatiques ou les normes qui prévoient des droits fondamentaux⁴⁵, pour lesquelles l'indétermination du langage normatif est souvent souhaitée. Il est pertinent de dire qu'il ne s'agit pas ici de hiérarchie entre normes constitutionnelles, la question se situe dans le plan de leur efficacité, ce qui n'établit pas une hiérarchie entre les normes présentes dans le texte constitutionnel.

Souhaitable comme technique du législateur constituant certes, mais à la condition que la Constitution ait prévu concomitamment un mécanisme, ou plus d'un, d'interprétation du texte constitutionnel afin de contrôler les omissions inconstitutionnelles, parce que l'objectif ultime d'un texte constitutionnel est que le projet qu'il contient soit concrétisé.

À voir cet aspect, on peut comprendre que le thème du contrôle juridictionnel des omissions législatives dépasse largement les rapports entre les Pouvoirs. Il participe à la concrétisation même du projet du constituant originel, étant l'un des mécanismes possibles pour faire vivre le texte constitutionnel et le concrétiser tout au long du temps où il est en vigueur.

⁴⁴ L'omission législative inconstitutionnelle n'est pas un cas de lacune technique souhaitée par le législateur constituant, bien au contraire, elle se caractérise en tant que telle justement parce que le texte constitutionnel indique qu'une norme doit être promulguée, qu'il y a un devoir constitutionnel de produire la norme qui donne efficacité à un droit constitutionnellement garanti.

⁴⁵ Encore que dans certains textes constitutionnels, le législateur constituant insère norme qui explicite le caractère de l'auto-applicabilité immédiate des normes constitutionnelles en matière des droits fondamentaux. C'est le cas du §1° de l'article 5° de la Constitution brésilienne. Mais encore dans ces cas, il n'est pas impossible que certaines normes constitutionnelles, notamment dans les Constitutions du type analytiques, sont initialement prévues pour avoir une efficacité pleine et immédiate, mais sont soumises à une réglementation postérieure qui peuvent modifier sont champs d'application.

Au Brésil, on peut constater que le contrôle juridictionnel des omissions législatives exercé par la Cour constitutionnelle est du type *in abstracto* et avec effet *erga omnes*. Il va de soi que la décision rendue est valide à partir de sa publication et aussi, si possible, étendue à toutes les situations juridiquement identiques antérieures à la loi et postérieures au texte constitutionnel. Une autre voie processuelle pour contrôler les omissions législatives est aussi disponible dans le système brésilien. Il s'agit du *mandado de injunção* qui présuppose une situation concrète préalable et dont la compétence peut être affectée à d'autres tribunaux. Théoriquement il serait attendu dans ce cas que l'effet de la décision soit restreint aux parties car ce contrôle est basé sur un cas concret.

Toutefois, cette logique de la théorie n'est pas toujours vérifiée dans la pratique. Parfois, le juge constitutionnel rend des décisions en modulant leurs effets dans temps et en ajoutant d'autres sujets de droit. Parfois ses décisions frisent le chevauchement de la compétence législative.

Pour éclairer ce point, on revient sur l'exemple déjà étudié en première partie à propos de l'inexistence de loi qui régit le droit de grève des fonctionnaires de l'Administration brésilienne. La question a été posée à la Cour constitutionnelle par la voie d'une procédure de *mandado de injunção*⁴⁶. La Constitution brésilienne avait prévu que le droit de grève des fonctionnaires devrait être réglementé par une loi spéciale, non générale (article 37, VII de la Constitution). Il était implicite que la grève des fonctionnaires devrait avoir des règles différentes de celles du droit de grève des employés du secteur privé. Dix-sept ans après la promulgation de la Constitution brésilienne, le Pouvoir Législatif n'avait toujours pas proposé ladite loi, et les fonctionnaires de l'Administration publique étaient empêchés de l'exercice de leur droit de grève. Saisi de la question par plusieurs catégories de fonctionnaires, la Cour a décidé que l'omission du législateur était inconstitutionnelle et que, dans ce cas de figure, il fallait combler la *lacune de loi* spéciale par la loi générale, en attendant que le législateur fasse la norme spécifique pour les fonctionnaires.

La confrontation de l'exemple du droit de grève brésilien à un jugement du Conseil constitutionnel français sur une matière similaire retient notre attention quant aux effets de la

⁴⁶ L'article 102 I *q* définit la compétence de la Cour constitutionnelle brésilienne pour la procédure de *mandado de injunção* quand l'omission législative est caractérisée par l'absence d'une norme dont l'initiative législative est du Président de la République ou des autres agents politiques de niveau fédéral cités dans le texte constitutionnel. C'est-à-dire que dans le processus de création d'une loi, l'omission inconstitutionnelle est à priori l'omission du législateur qui ne l'a pas faite. Mais n'importe quelle autorité d'État chargée par la Constitution de déclencher le processus législatif peut être, de ce fait, destinataire de la communication émise par la décision qui reconnaît l'omission législative inconstitutionnelle.

décision qui constate une lacune. Alors qu'en France les mécanismes de contrôle de constitutionnalité sont peu nombreux, on remarquera une sensibilité du Conseil constitutionnel vis-à-vis du problème des omissions du législateur (une tendance qui à notre avis pourra se consolider avec la création de la QPC). Dans l'exemple français, toujours sur les questions liées au droit de grève, le Conseil constitutionnel, face à l'imprécision d'une définition du droit de grève, a rendu deux décisions qui, comme nous l'explique L. Gay et V. Bernaud, ont « donné l'occasion au juge constitutionnel de préciser la définition du droit de grève. Le juge y complète, d'une part, la définition constitutionnelle de ce droit et y valide, d'autre part, les nouveaux dispositifs législatifs d'encadrement de la grève dans les transports terrestres ».^{47.48}

Certes le système français ne consacre pas une procédure spécifique qui a pour objectif le contrôle d'une quelconque omission législative, mais comme on le remarque à travers ces décisions du Conseil constitutionnel, le juge constitutionnel français ne se prive pas (ou plus) d'exercer une interprétation des concepts légaux et constitutionnels qui finit par déboucher sur une décision de caractère normatif. De ce fait, la constatation d'une lacune dans la loi ouvre à la Cour l'occasion d'exercer une sorte de contre-force (encore que timide et partielle), ou l'esquisse d'un mécanisme de contre-pouvoir. Dans sa décision elle envoie un message au législateur à propos d'une possible nécessité de légiférer, puisque le Conseil dira que la lacune qu'il constate dans la loi relève de la compétence du législateur.

Les auteurs expliquent qu'il était question de préciser « la notion de défense des intérêts professionnels à laquelle les cessations concertées du travail, qui caractérisent la grève, doivent se rapporter. En effet, la question se posait jusqu'alors de savoir si les revendications des grévistes devaient posséder un objet en relation directe avec le contrat de travail, afin que l'employeur puisse mettre fin à la grève en leur donnant satisfaction. Le Conseil constitutionnel y répond par la négative dans la décision du 16 août 2007. Dans une deuxième décision, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en ce qui concerne l'encadrement de l'exercice du droit de grève dans les transports terrestres, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mais qu'il a

⁴⁷ Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007. Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-555-dc/decision-n-2007-555-dc-du-16-aout-2007.1181.html>.

⁴⁸ L'intégralité des commentaires de Valérie BERNAUD et Laurence GAY sur cette décision peut être consultée sur le Recueil Dalloz 2008. Droit constitutionnel. Jan/2007 – fév/2008. p.2025, disponible sur : http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2008_2025_Panorama.pdf. Accès le 10 mai 2014.

des limites. Ils ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ».⁴⁹

Les deux exemples sus-cités s'opposent l'un à l'autre en ce qui concerne les limites à accorder aux décisions de contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles. Dans le premier où il a été constaté une lacune totale de loi, la décision dépasse la limite autorisée par la Constitution puisqu'en plus de déclarer l'omission, le juge constitutionnel brésilien se substitue au législateur, au moins temporairement. On pourrait même dire qu'il se substitue au législateur originel qui lui, avait justement prévu la nécessité de règles différentes, ou au moins particulières, pour le droit de grève des fonctionnaires de l'Administration, alors qu'ils décident pour l'application temporaire de la loi générale sur la grève.

Dans l'exemple français, toujours sur le droit de grève et sur le point de vue des effets de la décision, la prudence au moment du constat d'une lacune partielle de la loi du Conseil constitutionnel français semble être plus en syntonie avec le principe de séparation des Pouvoirs, dans le sens d'une non invasion de la compétence législative. Cela est révélé par le *considérant de principe* sur l'exercice du droit de grève dans les transports terrestres où le Conseil affirme que les limites à imposer au droit de grève relève de la compétence législative.

Nous pouvons comprendre cette prudence à travers le concept de séparation de Pouvoir appliqué en France ainsi que la place que le Conseil constitutionnel se réserve vis-à-vis de ce principe. C'est qu'en France, la séparation des Pouvoirs est « un principe constitutionnel qui s'oppose à toute forme d'immixtion ou de substitution d'un pouvoir public constitutionnel au lieu et en place d'un autre. Sous la V^e République, il appartient au Conseil constitutionnel de veiller à son respect par l'ensemble des pouvoirs constitués. C'est également un principe dont il bénéficie dans l'exercice de ses missions de justice

⁴⁹ Décision n° 2007-556 DC, du 16 août 2007. Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-556-dc/decision-n-2007-556-dc-du-16-aout-2007.1182.html>

constitutionnelle. Si le principe d'indépendance du Conseil constitutionnel n'est pas formellement inscrit dans la Constitution, il s'impose comme un corollaire du principe de séparation des pouvoirs »⁵⁰.

De tout ce qui a été dit, on pouvait s'attendre à ce qu'une *lacune totale* (absence de loi dans l'ordonnancement) freine davantage le juge constitutionnel soucieux de la prohibition d'envahir la compétence législative. Inversement, une *lacune partielle* aurait encouragé le juge constitutionnel à aller chercher dans les principes généraux du droit ou dans les principes présents dans le texte constitutionnel, les moyens de faire une exégèse intégrative. Vis-à-vis des deux exemples cités, l'identification d'une lacune par le juge constitutionnel n'est pas forcément une occasion de chevaucher la compétence législative.

Elle demeure néanmoins un instrument de contre-pouvoir, notamment quand exercée à travers la procédure spécifique de contrôle des omissions. À remarquer qu'il est possible que la décision rendue par la Cour constitutionnel dépasse les limites accordées par le système normatif de contrôle de constitutionnalité. Cette situation est indésirable dans ce qu'elle a d'inconstitutionnelle dans l'exemple brésilien, mais elle confirme la qualité d'instrument de contre-pouvoir de ce type de contrôle.

2. Les limites imposées aux décisions : le contrôle des omissions inconstitutionnelles est un instrument inachevé de contre-pouvoir

C'est dans la dynamique des rapports entre les Pouvoirs que se situent les limites à imposer aux décisions de contrôle juridictionnel des omissions législatives. Ces décisions peuvent avoir la portée qui est propre à une loi. Le caractère de généralité leur est attribué, le même qui serait attribué à la norme juridique en occurrence absente. Par voie de conséquence, on dit que les décisions sont rendues avec l'effet *erga omnes*, ce qui est la règle générale pour cette technique de contrôle. Néanmoins, on constate de la pratique que cette technique n'est pas parfaitement adaptée aux décisions en matière de contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles.

D'une part, il faudrait peut-être imposer une limite au-delà de la simple déclaration d'existence d'une omission inconstitutionnelle, faute de quoi le mécanisme de contrôle d'omission serait inutile à réparer le vide normatif. D'autre part, il faudrait imposer au juge

⁵⁰ Ce concept a été proposé par le Conseil constitutionnel dans son rapport présenté pour le 2^{ème} Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle à Rio de Janeiro, Brésil, 16 au 18 janvier 2011 sur la «Séparation des Pouvoirs et indépendance des Cours constitutionnelles et instances équivalentes». Disponible sur : http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/FRA_Conseil_constitutionnel_f.pdf. Accès: avril 2014.

une limite en deçà d'une action positive de créer la norme manquante. Autrement dit, l'effet de la décision ne sera idéal ni quand il est une simple communication au législatif, ni quand il se substitue au législatif. On s'interroge sur ce juste milieu et sur la probable nécessité de moduler l'effet de la décision au cas par cas.

Il faut aussi vérifier s'il y a une limitation spécifique due à la partie qui postule à la déclaration d'omission. Quand elle n'est pas un agent politique qui a une légitimation universelle, la décision peut-elle aussi prendre des effets *erga omnes*, y compris pour ceux qui n'ont pas postulé ?

Quand l'approche du sujet se fait par l'analyse des effets de la décision rendue en contrôle des omissions par le juge constitutionnel, la question des mécanismes pour l'exécution de la décision est aussi à vérifier. Dès lors que la Cour brésilienne constate une omission inconstitutionnelle, la Constitution met à sa disposition deux solutions : soit la Cour déclare l'omission et la communique au Pouvoir omis (quand il s'agit d'une omission législative), soit elle lui communique la décision et lui fixe un délai de trente jours (quand il s'agit de l'omission d'un acte administratif). Ces deux solutions sont en accord avec les principes généraux de la séparation des Pouvoirs dans un État démocratique. Dans les deux cas, il n'y a pas d'invasion de la compétence législative puisque la décision se limite à cette communication. La première solution reste cependant en deçà de ce qu'on peut espérer d'un contrôle juridictionnel d'omission car elle finit par annihiler l'objectif même du contrôle. C'est que la fonction principale de l'activité juridictionnelle, qui est de pacifier les conflits au sein de la société, restera sans effet si, malgré la décision qui reconnaît l'omission, la norme n'est pas éditée.

C'est à ce moment précis du problème de contrôler les omissions sans manquer de respect au principe de séparation des Pouvoirs, que certaines Cours constitutionnelles choisissent l'option de remplacer le législateur, et d'étendre les effets de leurs décisions au-delà de la simple déclaration et communication de l'existence de l'omission.

Dans l'exemple cité ci-dessus, sur le droit de grève des fonctionnaires de l'Administration brésilienne, qui dépendait d'une loi pour être effectif, la Cour a fini par déterminer que la loi qui régit le droit de grève des employés du secteur privé serait applicable aux fonctionnaires jusqu'à l'édition de la norme spéciale qui leur serait destinée. Elle a eu tout de même la précaution de dire que cette extension était *exceptionnelle* et *temporaire*. Comme un tel effet normatif n'était pas à priori accordé aux décisions de contrôle des omissions on

peut dire que la décision est dans les limites d'un acte attentatoire au principe de la séparation des Pouvoirs.

Ladite décision, qui complète la *lacune de loi*, a un effet normatif, et de ce fait, elle constitue un *activisme juridictionnel* a priori indésirable pour un État démocratique. Mais il faut considérer, à notre avis, qu'elle se rapproche davantage des deux objectifs du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles : donner effectivité à un droit constitutionnellement garanti et garantir la suprématie de la Constitution dans l'ordonnement juridique. C'est pourquoi, la dosimétrie des effets de ce type de décision requiert de la prudence, notamment du fait qu'ils ne sont pas prévus par le système juridique brésilien.

À considérer cette hypertrophie juridictionnelle autorisée par la Cour constitutionnelle sur sa propre compétence, l'absence de ce type de contrôle de constitutionnalité dans certains textes constitutionnels devient compréhensible. C'est que le contrôle juridictionnel des omissions du législateur n'est pas sans danger car il gère une certaine insécurité juridique. La limite entre la compétence typique et atypique du Pouvoir juridictionnel devient floue dans ce cas de figure, et très vite les limites peuvent être dépassées, en donnant place à l'activisme juridictionnel qui n'est pas compatible avec les principes démocratiques. D'ailleurs, ce problème a aussi été relevé lors du Congrès des Cours constitutionnelles européennes de 2008. Malheureusement, nombreuses sont les Cours participantes qui n'ont pas approfondi la question dans leur rapports.⁵¹

Le contrôle de constitutionnalité en général relève de la compétence juridictionnelle, c'est le cas du modèle brésilien où la Constitution inscrit expressément la Cour constitutionnelle dans la hiérarchie du Pouvoir juridictionnel et le contrôle des omissions du législateur parmi sa compétence originaire. Mais on peut envisager le contrôle des omissions aussi en tant que partie des fonctions atypiques d'un Pouvoir dès lors qu'il s'agit d'un « pouvoir qui en contrôle un autre ». Dans ce sens, on peut toujours l'envisager comme un instrument de contre-pouvoir. C'est-à-dire que, face à l'inertie induite du législateur, un autre Pouvoir de l'État dispose d'un mécanisme pour le contrer par une action positive, pour rééquilibrer la balance.

Quand on analyse les limites à imposer aux décisions en matière de contrôle des omissions, on doit faire face à certains arguments souvent avancés pour justifier le refus de ce

⁵¹ Les rapports de chaque Cour constitutionnelle européenne participante dudit Congrès peut être consulté sur : <http://www.confeunconstco.org/reports/rep-xiv/>

type de contrôle. Ces arguments sont à vérifier et doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse, pour soutenir ou pas l'adéquation du contrôle juridictionnel des omissions législatives avec la séparation des Pouvoirs et l'organisation de l'État démocratique. C'est par la limitation à imposer aux décisions qu'il sera possible de trouver son adéquation avec le système juridique et confirmer son aptitude à être un instrument de contre-pouvoir.

Si la Constitution l'encadre comme un instrument dont se sert le Pouvoir juridictionnel, de manière atypique et exceptionnelle, pour obliger le Pouvoir législatif à créer une norme juridique, sans que pour autant il constitue un rapport vertical entre Pouvoirs, ni que la décision soit un instrument d'invasion de la compétence législative par la juridictionnelle, son existence se justifie. Il faut donc que ce contrôle ait la nature juridique d'instrument de contre-pouvoir afin de garder sa cohérence au sein du système juridico-constitutionnel, et de respecter le principe de séparation des Pouvoirs.

Cette cohérence écarterait suffisamment l'argument contraire au contrôle des omissions législatives connu sous l'expression « juge positif ». À notre avis, l'association des idées qui ont façonné l'interdiction absolue du juge positif est aujourd'hui anachronique, ou en tout cas, elle n'est pas en syntonie avec la théorie contemporaine du droit constitutionnel⁵². C'est que, comme le rappelle L. R. Barroso « le dogme kelsenien selon lequel la juridiction ne peut pas être un législateur positif existe encore dans les systèmes juridiques qui n'ont pas encore réussi à faire la transition vers une nouvelle compréhension du Droit. (...) Mais ce dogme est tributaire d'un autre selon lequel les solutions apportées aux problèmes juridiques sont déjà inscrites dans la loi. Si on admet qu'un juge, quand il interprète des concepts juridiques indéterminés, quand il donne du sens aux principes ou décide les accords moraux raisonnables, est coparticipant du processus de création du Droit, l'idée de législateur purement négatif tombe par terre. La norme est construite pour le cas concret. Nous vivons l'âge où sont dépassés les dogmes de la neutralité scientifique de l'interprétation, du mythe du juge comme quelqu'un qui développe une fonction simplement technique de connaissance pour révéler la solution qui est dans la norme. Surtout en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle, le juge est un coparticipant du processus de création du Droit. Les solutions

⁵² Vide aussi note n°3.

juridiques sont créées de manière argumentative et il est nécessaire de démontrer vis-à-vis du cas concret quelle est la meilleure solution »⁵³.

Enfin, la solution est de trouver le bon équilibre entre les effets souhaités et juridiquement possibles de la décision rendue par la Cour constitutionnelle en matière de contrôle des omissions, même si cela représente une prise de décision qui comble la lacune législative. C'est le cas par exemple quand la Cour constate une omission partielle (la loi existe mais elle ne prend pas en compte tous les sujets de droit) et qu'elle est autorisée à compléter la norme pour étendre ses effets à d'autres sujets de droit en égale situation juridique face à la norme omise. Dans cette hypothèse, il serait inutile de se limiter à une simple communication au Pouvoir législatif.⁵⁴ On peut défendre qu'il ne serait pas correct de dire que le juge constitutionnel travaille en tant que législateur positif qui se substitue au législateur, car il n'a fait qu'appliquer le principe de l'isonomie, qui est un principe constitutionnel d'efficacité pleine et immédiate, c'est-à-dire, qu'il a étendu les effets de la loi générale à tous les sujets de droit (en l'occurrence, de faire grève).

Il s'agit ici de ce que la doctrine brésilienne appelle la théorie non-concrétiste individuelle qui n'autorise pas le juge constitutionnel à se substituer au législateur, mais l'oblige à tenter au cas par cas de s'approcher de l'objectif du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles, de concrétiser la norme constitutionnelle. Cette attitude, peut viser à combler l'inefficacité de la norme temporairement, en attendant la fin de l'inertie du législateur.

La question de la séparation des Pouvoirs et de la création des mécanismes de contre-pouvoir a été à l'ordre du jour lors du Congrès français de droit constitutionnel de 2008. Il est étonnant de constater l'actualité du débat proposé et le peu d'avancée en la matière. Déjà à l'époque la problématique était de trouver une façon de concrétiser (finalement) cette séparation entre *pouvoir de statuer* et *pouvoir d'empêcher*. L'un des ateliers dudit Congrès a

⁵³ Luís Roberto BARROSO, actuellement juge de la Cour constitutionnelle brésilienne (*Supremo Tribunal Federal*) lors d'une interview. Disponible sur support électronique sur : <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/hegemonia-judiciario-legislativo-fraco-afirma-barroso>.

⁵⁴ Bien que la doctrine reproche au contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles du système brésilien d'être malade du même mal qu'il a la prétention de guérir (quand la décision rendue se limite à une simple communication au Pouvoir Législatif), aucun instrument légal/constitutionnel à caractère coercitif n'est mis à disposition pour l'exécution des décisions de la Cour. D'un autre côté, on comprend que le législateur constituant a imposé cette limitation afin d'assurer la non-invasion d'un Pouvoir d'État sur l'autre et, par voie de conséquence, de corroborer à la manutention de l'équilibre des pouvoirs car l'équilibre se maintient aussi par l'abstention et la non-intervention. Mais la marge discrétionnaire du législateur pour éditer la norme devient plus étroite quand il s'agit d'un droit constitutionnellement garanti. On peut dire qu'à ce moment il existe un devoir de légiférer, et cette marge s'efface face à la nécessaire concrétisation du texte constitutionnel.

posé les questions suivantes : « si la séparation des pouvoirs ne se passe plus entre l'Exécutif et le Législatif et si la séparation des pouvoirs reste cependant le principe distinctif des sociétés démocratiques, où se passe aujourd'hui la séparation des pouvoirs ? Quel(s) pouvoir(s), aujourd'hui, peut(vent) équilibrer le bloc pouvoir législatif/pouvoir exécutif ? » Et ensuite, l'un des axes de discussion était : « quels moyens proposés pour « constituer » d'autres pouvoirs face au bloc législatif/exécutif »⁵⁵. Face à ces questions, on peut à notre avis regretter l'absence de mécanismes de contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles. Toutes ces questions sont d'actualité, notamment en France où la quête de solutions intègre le titanesque travail mené par la Commission de Rénovation et Déontologie de la vie publique qui vise à la réforme des institutions politiques françaises.⁵⁶

On peut s'interroger à propos de la viabilité ou non de l'adoption du contrôle des omissions par certains pays. Ce n'est pas par hasard qu'on trouve ce type de contrôle de constitutionnalité parmi les techniques adoptées par les textes constitutionnels des nouveaux États constitutionnels, ainsi considérés ceux dont le texte constitutionnel a été promulgué à partir de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. C'est que des pays comme le Brésil et le Portugal ont connu une période de transition constitutionnelle précédée de régimes politiques dictatoriaux, où la compétence de la fonction exécutive était hypertrophiée par l'absorption illégitime de plusieurs des compétences législatives. La sortie d'une période historique de crise passe de manière récurrente par la convocation d'une Assemblée constituante qui donnera place à un nouveau texte constitutionnel. Dans un tel contexte, un nouvel ordre constitutionnel souhaite créer des mécanismes de contre-pouvoir afin de rééquilibrer la division des fonctions des Pouvoirs et des mécanismes visant à éviter les dysfonctionnements du passé. La réalité de certaines Constitutions dont celle du Brésil confirme cet argument.

Pour toutes ces raisons, on peut dire que les décisions rendues par la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de constitutionnalité des omissions législatives sont théoriquement un instrument intéressant de contrebalancement des Pouvoirs classiques. Pour qu'il soit concrètement efficace, il faut trouver une juste mesure à la limitation de ses effets. Ils doivent être harmonisés avec l'ensemble des règles de contrôle et de contrepoids exigées par l'ordonnancement, et non pas être restreints à un simple effet de communication. Même si

⁵⁵ V. la grille d'analyses et les communications proposées pour l'atelier mentionné sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/atelierP6.html>. Accès le 10 février 2014.

⁵⁶ « Pour un renouveau démocratique ». Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596/0000.pdf>. Accès le 3 mars 2014.

une efficacité plus forte de la décision est souhaitable, du point de vue de la concrétisation des droits constitutionnellement garantis, cette limitation dont le respect du principe de la séparation des Pouvoirs fait partie, doit être en adéquation avec les normes constitutionnelles prises dans leur ensemble.

Ces conditions respectées, le mécanisme de contrôle des omissions législatives est considéré comme un instrument démocratique déjà achevé car la décision rendue établit un dialogue démocratique entre les Pouvoirs juridictionnel et législatif. Si elles ne sont pas respectées, l'instrument de contrôle des omissions reste incomplet.

CONSIDÉRATIONS FINALES ET AUTRES PERSPECTIVES

Toutes les considérations faites jusqu'ici ne sont pas en mesure d'épuiser un sujet aussi complexe que le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles. Mais elles nous permettent de confirmer l'idée que ce type de contrôle crée une dynamique propre aux États constitutionnels qui souhaitent s'approcher du modèle de démocratie participative en même temps qu'il est un instrument utile à l'équilibre des Pouvoirs de l'État. Nous avons également confirmé que le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est un instrument apte à promouvoir l'ouverture du dialogue démocratique à la participation des multiples interlocuteurs, notamment la population,

Nous avons vu que, dès lors qu'un texte constitutionnel est promulgué, plusieurs de ses normes portent le projet du législateur originel pour l'État et son peuple, mais que ces normes ne peuvent être concrétisées qu'au fil du temps. Toutefois pour y parvenir, l'existence préalable d'un mécanisme procédural de contrôle s'impose ainsi que la participation des multiples acteurs de la scène démocratique autorisés à l'interprétation en continu du texte constitutionnel.

La participation de ces multiples interlocuteurs au dialogue démocratique dans l'interprétation de toutes les matières présentes dans le texte constitutionnel a pour objectifs la concrétisation du projet constitutionnel certes et, dans une plus large mesure, faire prévaloir la norme fondamentale dans l'ordonnancement juridique. Ces objectifs priment sur les rapports (éventuellement tendus) entre les Pouvoirs et sur l'allégation que le contrôle juridictionnel des actes législatifs constitue une invasion indue de fonction, car le principe de séparation des Pouvoirs est (doit être) entendu comme une collaboration entre les Pouvoirs vers un objectif commun.

Dans ces conditions, on peut dire que l'existence d'un contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est bien adaptée aux États constitutionnels et est en harmonie avec le principe de séparation des Pouvoirs car il constitue un instrument de contre-pouvoir. Ce mécanisme de contrôle est adapté au modèle de démocratie participative et de démocratie continue quand étudiés au prisme du constitutionnalisme contemporain. On note que cette discipline (dite *nouveau constitutionnalisme*) soutient l'ouverture de l'accès aux Cours constitutionnelles, tant en ce qui concerne les matières soumises à son appréciation,

qu'à son ouverture à des personnes légitimés autres que les agents politiques. Cet objectif peut à notre avis se concrétiser convenablement à l'aide du contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles. D'autant plus qu'il constitue déjà un instrument d'articulation entre Pouvoirs (normalement politiques, mais comme on l'a vu, les pouvoirs civils sont admis) pour la garantie des droits.

Certaines des jurisprudences citées ont démontré que ce contrôle est un mécanisme qui corrobore le perfectionnement du système de justice constitutionnelle tel qu'il est entendu par la théorie générale du droit constitutionnel contemporain. Néanmoins, un certain nombre de décisions rendues démontrent que le contrôle des omissions n'est pas concrétisé en fonction de la limitation qu'impose le texte constitutionnel lui-même à la portée des sentences. C'est-à-dire que parfois la Constitution réduit l'effet de la décision à une simple communication au Pouvoir omis (en l'occurrence, dans notre étude, le Législatif), sans caractère coercitif, ou au maximum, l'autorise à fixer un délai pour que le législateur produise la norme sans la prévision d'autre conséquence juridique plus contraignante.

Il paraît évident que la décision rendue ne doit pas se borner à une simple communication au Pouvoir omis, devant au moins lui assigner un délai pour la production de la loi et essayer de donner une force normative temporairement à la lacune. C'est pourquoi il nous paraît évident que cette limitation ne se justifie pas car l'édition de la norme omise ne fait pas partie de la marge discrétionnaire du législateur à partir du moment où c'est la Constitution elle-même qui garantit le droit. De ce fait, l'acte d'éditer la norme qui lui donne efficacité devient un devoir du législateur, et son omission une inconstitutionnalité qui peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel auprès de la Cour constitutionnelle.

Nonobstant ces effets parfois restreints, la simple constatation d'une omission inconstitutionnelle n'est pas non plus totalement dépourvue d'effet juridique, même dans les systèmes constitutionnels où la simple communication au Pouvoir omis est le seul effet d'une décision de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle des omissions. Certes, avec une telle limitation, le législateur ne sera pas contraint à produire la loi ou la compléter, mais la décision qui constate une omission inconstitutionnelle est un acte juridiquement conséquent, car, avec elle, les destinataires de la norme constitutionnelle peuvent prouver un préjudice éventuellement indemnisable. C'est-à-dire qu'à priori, rien n'empêche les sujets du droit constitutionnellement garanti - en attendant l'édition de la norme infraconstitutionnelle pour

exercer leur droit prévu directement dans la Constitution -, d'actionner les voies juridictionnelles compétentes pour demander une indemnisation face à l'État due au préjudice de l'omission législative désormais reconnue par la Cour.

À ce point de la réflexion, il convient de rappeler que le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles n'est pas sans danger pour l'ordre constitutionnel et peut parfois s'avérer à double tranchant. D'une part parce qu'un engorgement de la voie juridictionnelle peut être provoqué par les justiciables en quête d'indemnisation face à l'État. D'autre part, et c'est plus grave, des *mutations constitutionnelles* issues de la jurisprudence de la Cour ont été repérées. C'est que, par le moyen des décisions rendues en contrôle d'omission législative, la Cour elle-même a augmenté la compétence qui lui a été affecté par la Constitution.

Ces cas sont perçus de deux manières différentes : d'abord comme une atteinte à l'ordre constitutionnelle dans la mesure où elle constitue une usurpation du pouvoir constituant originel ou réformateur. Dans le cas spécifique brésilien, ces mutations sont souvent dénoncées comme une hypertrophie indésirable du pouvoir juridictionnel de la Cour constitutionnelle. Néanmoins, on a vu par exemple que l'utilisation de la technique de réserve d'interprétation est capable de créer des nouveaux droits ou des nouveaux sujets de droit non compris dans la norme constitutionnelle et dans ce cas spécifique, la position de la Cour est défendable sur l'argument de l'application du principe de l'isonomie devant la norme juridique.

On doit tenir compte que le fait de se servir d'une décision qui reconnaît une omission inconstitutionnelle pour ouvrir une hypothèse de responsabilité de l'État est indésirable et peut porter atteinte à la sécurité juridique. Et par ailleurs, il est évidemment indésirable que la Cour constitutionnelle assume parfois ce rôle qui la transfigure en législateur positif, causant ainsi une insécurité juridique, qui prend souvent la forme du phénomène de *l'activisme* du juge constitutionnel ou de la politisation excessive de la juridiction constitutionnelle. Là encore une fois, on retrouve l'objet d'étude du nouveau constitutionnalisme latino-américain.

Enfin, on peut affirmer que ce type de contrôle de constitutionnalité relève de la confirmation du principe de la séparation des Pouvoirs propre à un régime démocratique. Toutes les précautions sont nécessaires pour qu'il ne devienne pas une invasion, par le pouvoir juridictionnel, du *munus* qui est propre au Législatif, comme parfois on le constate

dans certains arrêts isolés. C'est que, si la Cour rend une décision normative (non seulement déclarative de l'omission) il est souhaitable qu'elle ait la précaution d'autolimiter ses effets dans le temps. La décision peut réguler la situation concrète face à l'absence de la norme juridique, à la condition que ses effets soient temporaires. C'est-à-dire que cette solution peut s'avérer parfaitement adaptée pour combler les cas de lacunes partielles, son application étant effectivement bien plus problématique en cas d'absence totale de loi, cas qui rappelle celui du législateur positif souvent très critiqué par la doctrine. Il serait recommandable que le texte constitutionnel définisse clairement ces limites en tenant compte des divers critères de limitation afin de chercher une efficacité optimale pour ce type de contrôle de constitutionnalité pour que ladite décision juridictionnelle rendue soit toujours dotée d'une force coercitive.

En effet, une Cour constitutionnelle qui, dans un système juridique donné, rend des décisions de nature juridictionnelle (non institutionnelle) peut être amenée à envahir l'espace discrétionnaire de la fonction législative lorsqu'elle rend une décision en contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles, notamment quand la question de fond a une large répercussion sociale ou économique-politique. Cela est à éviter non pas à travers la restriction totale de coercibilité de la décision, mais par la délimitation préalable de la marge de manœuvre de la Cour lorsqu'elle est appelée à remédier à une omission. On peut imaginer la répercussion sociale des décisions qui déclarent l'existence d'une omission législative sur la bioéthique ou sur la mise en place des politiques publiques pour l'éducation et la santé, par exemple.

Au vu de ces arguments pour et contre l'existence du contrôle des omissions législatives, tous également valides, il est difficile de mesurer les bienfaits de ce contrôle sur le fonctionnement du système constitutionnel. Si parfois ces idées peuvent paraître paradoxales, elles ne s'excluent pas réciproquement quand on analyse le cas concret brésilien car il est indéniable que ce contrôle a permis de faire avancer la concrétisation des certaines normes et droits prévus dans le texte de la Constitution. C'est pourquoi, on peut soutenir l'affirmation que ce contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles est un ambitieux instrument démocratique. Il établit d'une part une voie de dialogue démocratique permanente entre les Pouvoirs classiques de l'État, et d'autre part, ce mécanisme ouvre ce dialogue à des interlocuteurs autres qui contribueront aussi à créer une

dynamique du texte constitutionnelle. Ensemble, ils viabilisent la concrétisation du projet du législateur constituant et sont garants de la suprématie de la norme constitutionnelle dans le système juridique.

L'ensemble de ces arguments concourent à penser qu'un système juridique à intérêt à se doter constitutionnellement d'un ou plusieurs mécanismes de contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles. Tout est enfin une question de sécurité juridique et de garantie de la suprématie de la Constitution dans l'ordonnement.

Au delà de ces perspectives, le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles peut constituer un instrument démocratique encore plus fort. Il suffirait par exemple que le texte constitutionnel légitime son déclenchement par l'initiative populaire. Au Brésil, l'initiative populaire existe pour la proposition de lois, mais non pour provoquer un contrôle d'omission législative inconstitutionnelle. En guise de paramètre, les éléments préalables à la procédure d'initiative populaire en vue d'une loi sont tellement difficile à réunir, que le cas d'une initiative populaire qui est devenue loi ne s'est vérifié que quatre fois seulement dans l'histoire brésilienne. Pour simplifier la démarche, il serait envisageable de donner à l'initiative populaire la possibilité de recourir à la voie procédurale du contrôle des omissions législatives pour combler l'absence de loi.

De tout ce qui a été dit jusqu'ici, on déduit l'énorme importance de l'étude du contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles dans la théorie du droit constitutionnel contemporain et pour l'État constitutionnel. Il constitue un instrument de concrétisation du texte constitutionnel et un moyen d'exercice de la démocratie par le biais de l'ouverture du dialogue politique à une plus ample participation, ainsi qu'il contribue au perfectionnement des mécanismes de contre-pouvoir dans l'État.